Action normative à l'AIEA : les codes de conduite

par Anthony Wetherall*

« *The broadening subject matter of international regulation…[…]… requires diversified forms and levels of law-making*[1] »

I. Introduction

Pour toute institution juridique internationale, l'adoption d'un corpus réglementaire adapté traitant des problèmes rencontrés par la communauté internationale constitue l'un des plus formidables défis, en cette époque de mondialisation. L'Agence internationale de l'énergie atomique (l'AIEA[2]) est la principale instance qui crée des normes juridiques internationales applicables aux utilisations pacifiques et sûres de l'énergie nucléaire et veille à leur uniformité et à leur respect. Nous nous proposons dans cette étude d'analyser un aspect de cette activité normative diversifiée destinée à établir un cadre juridique et réglementaire satisfaisant pour les activités nucléaires pacifiques.

D'emblée, il nous faut observer que tout instrument normatif, quel que soit le procédé employé pour y parvenir, a pour finalité première d'inciter un groupe défini à observer des règles et des normes pour la réalisation d'un ensemble donné d'activités. L'activité normative de l'AIEA est inscrite dans son Statut[3]. Pour créer le cadre global efficient et efficace indispensable à l'exploitation pacifique et

---

* Juriste, Bureau des affaires juridiques, Agence internationale de l'énergie atomique. L'auteur a rédigé cet article à titre personnel. Les opinions qui y sont exprimées ne reflètent pas nécessairement le point de vue de l'Agence internationale de l'énergie atomique. Cet article était à l'origine la dissertation qu'il a rédigée en vue de l'obtention du diplôme de l'École internationale de droit nucléaire à la session 2003. Le texte d'origine a été modifié pour tenir compte des évolutions survenues jusqu'au mois de mars 2005.

1. Chinkin, C., « *Normative Development in the International Legal System* » in Shelton, D., *Commitment and Compliance*: *The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (2000), p. 22.

2. Créée en 1957 en tant qu'Organisation autonome du système des Nations Unies, l'AIEA est le principal forum intergouvernemental de coopération scientique et technique dans le domaine des utilisations pacifiques de la technologie nucléaire.

3. Le Statut de l'AIEA définit le cadre de la coopération destinée à construire et renforcer un régime international de sûreté et de sécurité. Font partie de ce cadre des instruments normatifs, à savoir des normes internationales consultatives, des codes et des guides, des conventions internationales contraignantes (il convient de souligner toutefois que le Statut ne fait pas figurer la réalisation de ces instruments parmi les fonctions de l'Agence, de même qu'il n'y est pas prévu de mécanisme par lequel l'Agence pourrait exercer ces activités) ; des expertises internationales des activités, capacités et infrastructures nationales ainsi qu'un système international de préparation aux situations de crise et d'intervention en cas d'urgence. L'article III A. 6. dispose que l'Agence a pour attributions : « D'établir ou d'adopter, en consultation et, le cas échéant, en collaboration avec les organes compétents des Nations Unies et avec les institutions spécialisées intéressées, des normes de sécurité destinées à protéger la santé

sûre de l'énergie nucléaire, l'AIEA a, depuis quarante ans, créé une vaste panoplie de règles internationales juridiquement contraignantes et de divers types de normes et règlements indicatifs, non juridiquement contraignants, portant sur toute la gamme des sujets liés à la sûreté nucléaire. S'il est vrai que des instruments internationaux non couverts par la Convention de Vienne sur le droit des traités[4] jouent un rôle de premier plan dans les relations internationales, le recours, dans le contexte nucléaire, à des instruments non contraignants et l'impact de ces instruments pourraient être, à première vue, attribués à un respect de la loi conjugué au désir d'éviter de se lier par des obligations juridiques lorsque l'on n'est pas sûr de pouvoir les respecter[5].

Le concept de « droit incitatif[6] » (*soft law*) est un sujet de polémique dans les débats sur les sources du droit international. Il n'est pas dans notre propos de débattre de la place effective du droit incitatif en droit international. La thèse proposée ici s'intéresse, d'un point de vue entièrement juridique, à l'un des instruments normatifs non contraignants – le « Code de conduite » (ou le « Code de bonne pratique ») – préparé par des groupes d'experts des États membres de l'AIEA puis approuvé par le Conseil des gouverneurs de l'AIEA et adopté par la Conférence générale de l'AIEA[7] – les deux organes directeurs de cette Agence. Par essence, un code est un instrument de droit incitatif – donc intrinsèquement non contraignant. Pourtant, il est bel et bien l'aboutissement des efforts des États pour formuler des attentes et favoriser un certain comportement.

---

et à réduire au minimum les dangers auxquels sont exposés les personnes et les biens (y compris de telles normes pour les conditions de travail) ; de prendre des dispositions pour appliquer ces normes à ses propres opérations, aussi bien qu'aux opérations qui comportent l'utilisation de produits, de services, d'équipement, d'installations et de renseignements fournis par l'Agence ou à sa demande ou sous sa direction ou sous son contrôle ; et de prendre des dispositions pour appliquer ces normes, à la demande des Parties, aux opérations effectuées en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral ou, à la demande d'un État, à telle ou telle des activités de cet État dans le domaine de l'énergie atomique. »

4. Cette Convention a été adoptée le 22 mai 1969 et ouverte à la signature le 23 mai 1969 par la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Elle est entrée en vigueur, conformément à son article 84 (1), le 27 janvier 1980.

5. Selon David Victor, les normes non contraignantes pourraient être mieux adaptées pour réglementer les problèmes environnementaux complexes car elles auraient, plus que les traités, un réel pouvoir de susciter un changement de comportement. Habituellement, les traités sont bien respectés car les États négocient des traités qu'ils sont en mesure d'observer. Le seul fait d'engager les Parties à souscrire des engagements contraignants a tendance à produire des engagements trop timides ou ambigus, par conséquent, moins efficaces qu'ils le pourraient. C'est le cas tout particulièrement lorsque les objectifs, moyens ou possibilités sont très incertains, ou lorsque des facteurs exogènes peuvent intervenir. Les États semblent plus disposés à prendre des engagements clairs et ambitieux lorsqu'ils sont dépourvus de tout caractère contraignant. Étant clairs, ils sont aussi plus efficaces. Voir Victor D., *et al.* (eds) « *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments* » (1998).

6. La paternité du concept de « droit incitatif » (*soft law*) revient à Lord McNair – qui a désigné ainsi le droit international « énoncé sous forme de principes ». Voir les commentaires de Georges Abi-Saab *in Cassese and Wieler* (*eds*) « *Change and Stability in International Law-Making* » (1988), p. 76. Voir aussi Tammes A., « *Soft Law* » *in Essays on International and Comparative Law in Honor of Judge Erades* (1983), p. 187. Sur le débat théorique concernant l'existence du « droit incitatif », comparer par exemple Chodosh, H., « *Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law* » (1991), p. 26, *Texas International Law Journal*, 88 et Weil, P., « *Towards Relative Normativity in International Law*? » (1983) 77, *American Journal of International Law*, 413, et Klabbers, J., « *The Redundancy of Soft Law* » (1996), 65, *Nordic Journal of International Law*, p. 167.

7. Ces codes, qui sont approuvés par la Conférence générale et bénéficient d'un engagement politique des États, diffèrent en cela des codes publiés dans le cadre du programme des Normes de sûreté nucléaire (NUSS) qui a pris fin en 1986. C'est dans le cadre de ce programme, lancé en 1974 que l'AIEA a rédigé cinq codes.

Nous examinerons dans cet article la question des effets juridiques d'un code qui sont, en fait, étroitement liés à celles de l'application et de l'efficacité globale du code. Nous nous demanderons par conséquent ce qui, dans sa forme, dans la formulation des dispositions qu'il contient et dans son application, fait l'efficacité d'un code. Enfin, nous proposerons plusieurs structures possibles d'un code de bonne conduite.

II. L'établissement de normes

Assurément, dans le domaine nucléaire, l'ordre juridique international a ces derniers temps, connu de remarquables évolutions avec l'apparition d'une « infinie variété[8] » de nouvelles procédures et règles dans le droit nucléaire international. La relative simplicité du droit international classique a, dans ce domaine, laissé place à des formes, mécanismes, instruments et normes complexes[9].

Conséquence de la constante évolution des disciplines réglementaires, l'ordre international se bureaucratise, et il faut désormais diversifier les manières d'exprimer les comportements souhaités. En règle générale, la multiplication du nombre de personnes participant à l'élaboration des normes et à leur exécution est révélatrice de la complexité du système. Dominée à l'origine par les États occidentaux, l'arène mondiale compte aujourd'hui quatre fois plus d'États que l'Organisation des Nations Unies à l'heure de sa création[10]. En outre, la mondialisation a permis à d'autres enceintes de jouer un rôle international de premier plan : des organisations intergouvernementales et non gouvernementales, des associations professionnelles, des entreprises transnationales ainsi que des instances regroupant des membres appartenant à différents milieux. Tous ces groupes participent aujourd'hui à l'élaboration de normes internationales auxquelles ils se soumettent de plus en plus.

Il a été dit que la contribution de l'AIEA à la sûreté nucléaire mondiale souffrait du peu d'enthousiasme politique de ses États membres pour des actions internationales plus efficaces et contraignantes en faveur de la sûreté nucléaire[11]. Pourtant, dans le système international actuel, la loi n'est probablement plus considérée dans tous les cas comme un instrument nécessaire ou meilleur. Aux sources traditionnelles du droit international, traités, coutume et principes généraux[12], il est souvent reproché leur inadaptation à la problématique moderne des relations internationales, notamment pour ce qui concerne la réglementation nucléaire. Aujourd'hui, la gouvernance juridique internationale prend généralement la forme de régimes multilatéraux complexes avec des organes de

8. R.R. Baxter, « *International Law and Her Infinite Variety* », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, octobre 1980, p. 549-566.

9. « *The Impact of Globalisation on the International Legal System, Globalisation and its Challenges* » Conférence à l'Université de Sydney, 12-14 décembre 2001, Dinah Shelton, *Notre Dame Law School*.

10. À l'heure où nous écrivons cet article, l'AIEA compte 137 États membres.

11. « *The Chornobyl [Chernobyl] Accident and the Future of Nuclear Energy: The Path Towards Safety and Sustainability* », *Harvard Ukrainian Research Institute of Harvard University*, Serguei Milenin, Sergei Skokov, Elizabeth Supeno.

12. L'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit; c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». (26 juin 1945, chap. II, art. 38, 59 Stat. 1031, 33 U.N.T.S. 993).

contrôle chargés de veiller à l'exécution et au respect du droit. C'est pourquoi les États ont tendance à se tourner vers des instruments normatifs politiquement contraignants bien que non juridiques, comme les codes de bonne conduite.

Pourtant, la communauté internationale doit se fixer pour objectif suprême et préoccupation première de garantir une utilisation pacifique et sûre de l'énergie nucléaire. Dans cette perspective, un ensemble complexe de mesures nationales et internationales définissent la marche à suivre. Ainsi, la réglementation de l'énergie nucléaire, comme de toute autre activité susceptible d'avoir des répercussions par delà les frontières, implique de confier à la communauté internationale la responsabilité résiduelle, voire dans certains cas la co-responsabilité, de veiller notamment à l'uniformité des normes, à la coordination, à la mutualisation des ressources et des services et à l'application des textes[13]. C'est à cette responsabilité qu'il faut attribuer la diversité des instruments, moyens et standards de mesure utilisés, souvent en interaction, pour parvenir à l'objectif commun de régir les comportements dans le cadre d'une règle de droit[14].

Aujourd'hui, pour résoudre un problème, les États concluent entre eux, ainsi qu'avec des organisations intergouvernementales telles que l'AIEA, mais aussi la FAO, l'OMS, l'AEN, etc. divers types d'engagements qu'ils choisissent de baptiser « droit » et d'autres qui relèvent fréquemment du « droit incitatif », et cela dans divers domaines qui ne se limitent pas à la réglementation nucléaire[15]. C'est ainsi que les organisations internationales[16] sont devenues des enceintes où aborder de nouveaux problèmes et faire évoluer le droit international. Il existe, par conséquent, une étroite corrélation entre le foisonnement des instruments normatifs non contraignants et la multiplication des institutions internationales, dont un bon nombre n'ont pas les compétences nécessaires pour réglementer sous une forme ou sous une autre, ce qui ne les empêche pas d'adopter des normes par consensus.

Le recours accru à ces textes normatifs non contraignants est considéré en général comme un heureux résultat des négociations internationales et des délibérations des organisations internationales[17]. En fait, à l'heure actuelle presque tous les sujets intéressant la communauté internationale

13. Elbaradei, M., Nwogugu, E., Rame, J., Le droit international et l'énergie nucléaire : aperçu du cadre juridique, *Bulletin* de l' AIEA Vol. 37, n° 3, 1995.

14. La mise en place de régimes complexes ressort tout particulièrement de la gestion des espaces communs tels que la haute mer, et des accords de coopération intergouvernementaux. Pour ce qui concerne ces derniers, les protocoles d'accord sont devenus une forme courante d'entreprise.

15. Le régime effectivement en vigueur à l'Organisation de la sécurité et la coopération en Europe en est une parfaite illustration. Cette Organisation s'appuie entièrement sur des instruments non contraignants, à commencer par l'Acte final d'Helsinki et elle a néanmoins réussi à faire avancer les droits de l'homme en Europe centrale et orientale.

16. Jusque récemment, le système normatif à l'OMPI était la formule classique du traité. Cependant, pour demeurer une institution viable et crédible chargée de la promotion et de la protection de la propriété intellectuelle, l'OMPI a dû concevoir de nouvelles formes inventives de création de normes qui soient à la fois efficaces, rapides et globalement acceptées par les États membres. Les rigidités et problèmes formels liés à la formation de traités dans le domaine de la propriété intellectuelle sembleraient imposer des modes plus transparents, informels et consensuels de création de normes. Ces dernières années, le Secrétariat de l'OMPI a par conséquent exploré d'autres moyens de promouvoir le droit international de la propriété intellectuelle pour compléter les procédures actuelles d'établissement des traités. Pour approfondir le sujet, lire « *Some Comments on Rulemaking at the World Intellectual Property Organization* », RD Kwakwa, 12 Duke J. *of Comp. & Int'l* L. 179.

17. Voir Baxter « *International Law in Her Infinite Variety* » 29 INT'L & COMP.L.Q. 549 (1980).

sont régis par ces instruments : leur multiplication répond à un besoin de normes dans la sphère toujours plus vaste des activités internationales.

A. Pourquoi des normes non contraignantes ?

Ces instruments normatifs non contraignants – qu'il s'agisse de « déclarations », de « recommandations », de « lignes directrices », de « résolutions », de « normes », de « protocoles d'accord » ou, pour ce qui nous concerne, de « codes de conduite » – sont classés dans une catégorie appelée « droit incitatif », « quasi-droit », « normes sauvages » ou « para-droit ». En général, une norme peut être qualifiée d'« incitative » (*soft law*) lorsqu'elle ne s'inscrit pas dans un régime contraignant, qu'il s'agisse de droit conventionnel ou coutumier ou si, bien qu'appartenant à un instrument contraignant, sa formulation n'est pas impérative[18].

Diverses raisons peuvent inciter à choisir le droit incitatif plutôt que le droit impératif[19]. La théorie veut que les États adoptent, acceptent et se conforment aux normes internationales quand il y va de leur intérêt. Or l'intérêt d'un État peut recouvrir sa propre survie, ses valeurs, sa situation économique et sa politique nationale[20]. Les États sélectionnent souvent avec les plus grandes précautions les obligations auxquelles ils souhaitent donner un caractère juridiquement contraignant. Le code non contraignant sera fréquemment choisi, pour des raisons variées, par exemple lorsque l'on veut éviter un engagement ayant force obligatoire ou s'il n'existe pas de formule contraignante assez simple et assez souple pour régir les relations entre États. Étant non contraignant, le code peut être adopté plus rapidement, et, au cas où il ne répondrait pas aux attentes, être vite modifié ou remplacé. De ce point de vue, le code répond aux besoins du nouvel ordre international notamment en présence d'un problème encore mal identifié mais exigeant néanmoins de prendre des mesures de toute urgence.

De l'avis général, il est plus facile de créer des instruments normatifs en s'appuyant sur des procédés quasi-parlementaires qui se doublent d'un vote à la majorité[21]. Pourtant, il a été dit également que le pragmatisme et la politique, et non les principes, déterminent le type d'instrument qui sera choisi ainsi que le type de mesures incitatives ou dissuasives dont sera pourvu l'instrument en question pour en favoriser l'exécution.

S'il est vrai que l'on ne respectera pas une norme non contraignante par simple peur de la sanction, en fait, à condition que l'instrument prévoie un mécanisme à cet effet, l'exécution de la norme peut être imposée par la nécessité de préserver le bien commun. En ce cas, si une partie ne respecte pas la norme, les autres auront tout intérêt à prendre des mesures. De ce fait, plus la communauté internationale sera convaincue de la nécessité de créer ces normes, plus grande sera la probabilité qu'un État s'y conforme. À l'heure de la transparence et de la participation du public aux

---

18. Voir « Paul C. Szasz *in Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions* », Edith (Ed) Brown Weiss, *United Nations University Press*, 1992.

19. Lipson évoque quatre raisons pour les États de choisir des accords informels : (1) éviter des engagements officiels médiatisés ; (2) éviter les procédures de ratification; (3) être en mesure de renégocier et de modifier le texte en fonction des circonstances ; (4) obtenir un résultat. Ces accords informels ont, selon lui, les propriétés suivantes : rapidite, simplicité, souplesse et confidentialité. Lipson, C., « *Why are Some Agreements Informal*? » (1991) 45 *Int. Org*, p. 495.

20. Notons qu'il a été reconnu que le respect de ces obligations est subordonné à la capacité économique de l'État de satisfaire aux obligations positives prévues dans un instrument non contraignant.

21. Voir « *Perspectives on International Law*, Nandasiri Jasentuliyana », p.134-135 (1995), *Kluwer Law International*.

délibérations sur la protection de la santé humaine et de l'environnement, le fait qu'un État applique un régime de sûreté régissant les utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire est la preuve pour un public interrogateur que l'État suit les politiques et pratiques internationales en sûreté les meilleures.

L'analyse de la nature juridique des règles de conduite recommandées par un code nous entraîne dans une zone d'ombre[22]. D'un côté, il est vrai qu'un code n'est pas juridiquement contraignant et que les règles qu'il énonce ne sont pas des règles de droit, mais on ne peut nier qu'elles ne sont pas sans effet pratique ou juridique et qu'un code peut effectivement avoir des répercussions significatives sur l'action d'un État. Car, si ces normes ne sont pas des règles de droit et si elles ont une forme non contraignante, elles visent souvent à modifier le comportement de leur destinataire – en général en énonçant des règles standard minimales etc. C'est ainsi qu'elles dessinent un comportement potentiel désirable et influent sur l'attitude des acteurs internationaux. À cet égard, on remarquera que toutes les relations internationales reposent sur la bonne foi, qui pourtant n'a rien de contraignant[23].

Un code comportera souvent des obligations morales ou des engagements politiques forts, voire plus contraignants que bien des obligations juridiques[24]. Dans la pratique, ces textes non obligatoires, au caractère de simple recommandation, peuvent avoir autant d'effet que des règles et obligations formelles sur la conduite d'un État. Un code permet à tous ces destinaires éventuels de s'y associer en prenant leur part de responsabilité. On pourrait donc faire valoir que les États sont plus disposés à entériner des dispositions claires et ambitieuses lorsqu'elles sont inscrites dans un code non contraignant. Parce qu'il s'agit de normes d'abord négociées dans le cadre d'une organisation inter-gouvernementale puis incluses sous une forme non obligatoire dans un traité ou dans une déclaration n'ayant pas force exécutoire (comme les normes contenues dans un code), les États sont généralement disposés à les observer – car ils ne les auraient pas négociées ni adoptées sinon.

Il apparaît, par conséquent, que le code juridiquement non contraignant est une formule répondant au besoin de normes consécutif à la multiplication des activités transcendant les frontières nationales. Ces normes de conduite seront le moyen utilisé pour pallier l'impossibilité de créer efficacement des normes par la voie conventionnelle classique lorsqu'il existe un besoin économique urgent de réglementation. Elles fonctionnent bien car les États y recourent et s'engagent volontairement, les appliquant de fait, même en l'absence d'obligations juridiques strictes[25].

---

22. La distinction entre droit impératif et droit incitatif peut paraître floue. Les traités comportent aujourd'hui des dispositions incitatives, comme des engagements à coopérer. De leur côté, les instruments non contraignants introduisent des mécanismes de surveillance que l'on trouve normalement dans des instruments de droit impératif. De plus, ces deux types d'instruments peuvent associer des procédures d'exécution relevant tantôt du droit incitatif tantôt du droit impératif.

23. Kelsen considère la bonne foi comme le principe cardinal du droit international. Il la place au sommet de la pyramide qu'il a établie pour illustrer la hiérarchie des normes : Hans Kelsen, Théorie pure du droit, Éditions de la Braconnière, Neuchâtel, Suisse, 2ème édition 1988, p. 177; voir également la décision de la CIJ concernant les essais nucléaires français. La CIJ fait référence à la bonne fois à propos de l'obligation pour un État de respecter un engagement unilatéral assumé par la déclaration d'une personnalité politique de premier plan : Australie c. France & Nouvelle-Zélande c. France, CIJ, 20 décembre 1974, vol. 1974, p. 253-457.

24. En fait, il convient de souligner qu'une convention non ratifiée n'est pas non plus, d'un point de vue technique, juridiquement contraignante.

25. Un plan d'action peut faciliter l'application d'un code. Le Plan d'action de l'AIEA pour la sûreté et la sécurité des sources radioactives [GOV/2003/47-GC (47)7] énumère les mesures que le Secrétariat devra prendre pour la mise en œuvre du code – et notamment la rédaction d'un mode d'emploi. En septembre 2001, le Conseil a demandé au Secrétariat de mettre au point et d'appliquer, en liaison avec les États

Un code non contraignant peut se substituer au droit impératif lorsque les pays ne parviennent pas à s'entendre sur un texte de droit impératif ou si l'on juge inefficace de recourir à cette forme de droit (faible probabilité d'acceptation des normes). Parce qu'il est non contraignant, un code peut être facilement modifié voire abandonné s'il se révèle inadapté. Il peut même jouer le rôle d'une rampe de lancement[26] pour des innovations juridiques de la part des tribunaux nationaux et d'autres autorités, voire même de leurs destinataires. Le plus souvent, cet instrument non contraignant, code par exemple, n'est pas isolé. Il peut être rattaché à un traité ou à tout autre instrument contraignant du même type[27], de diverses manières, parce qu'il en est le précurseur (en ce sens, il s'agirait de « pré-droit » – bien que ce ne soit pas généralement son objectif[28]) ou, au contraire, l'approfondissement de termes techniques ou la définition plus précise d'un comportement attendu. Il se crée ainsi des interactions dynamiques entre divers types d'engagements. Souvent, ces instruments non contraignants permettent aux Parties aux traités de résoudre de manière définitive des ambiguïtés dans le texte, de combler des lacunes ou de compléter les instruments de « droit impératif » par de nouvelles normes[29].

L'introduction, dans l'article 27 de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs[30], des dispositions relatives aux mouvements tranfrontières du combustible usé et des déchets radioactifs[31] du Code de bonne pratique

---

membres de l'AIEA, un plan international d'amélioration de la sûreté des réacteurs de recherche comportant l'établissement d'un Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche [une décision qui a ensuite été entérinée par la Conférence générale (voir GC (45)/RES/10.A).

26. Voir Baade, H.W (1980) « *Legal Effects of Codes of Conduct* », In Horn (ed.), « *Legal Problems of Codes of Conduct for Multi-national Enterprise* », *Kluwer-Deventer*, 1980, p. 9.

27. Voir « *the Regulations for the Safe Transport of Radioactive Material* » [1996 *Edition (Revised), Safety Standards Series* n° TS-R-1 (ST-1, Rev.), AIEA, Vienne (2000)]. Les dispositions de ce règlement sont incorporées aux règlements des Nations Unies, à côté des prescriptions d'autres organisations de transport international. Elles sont largement appliquées par les États membres de l'AIEA qui soit s'y réfèrent, soit les ont intégrées directement à leur législation nationale ou encore appliquent la réglementation propre au mode de transport en question. Ces « Regulations » ont été approuvées par le Conseil des gouverneurs de l'AIEA et adoptées à la quatrième Conférence générale en 1960, par une résolution votée à l'unanimité invitant les États à s'en inspirer pour leurs réglementations nationales et à les appliquer au transport international [GC(IV)/RES/74].

28. Dans certains cas, comme la procédure du consentement préalable en connaissance de cause, des engagements relevant du droit incitatif précèdent la conclusion d'une convention contraignante. D'aucuns prétendent pourtant qu'il s'agit en fait d'une politique en apparence moins délibérée qu'elle ne l'est en réalité.

29. Voir la Convention relative à l'aviation civile internationale de 1944 (Convention de Chicago), qui réglemente le transport aérien international et est administrée par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Cette Convention prévoit, entre autres, que le Conseil de l'OACI adopte des normes et pratiques recommandées internationales pour la réglementation du transport aérien, qui sont présentées sous forme d'annexes à la Convention. Voir « *Status, Prospects and Possibilities of International Harmonization of Nuclear-Law Perception from the standpoint of a worldwide international organization, Andronico* », A. Adede et Ha-Vinh Phuong *in International Harmonization in the Field of Nuclear Law, Proceedings of Nuclear Inter Jura*, 1985, Norbert Pelzer (ed.), 1985.

30. Les craintes de la communauté internationale concernant d'éventuels mouvements ou stockages (déversements) prohibés de déchets radioactifs sur le territoire des États membres de l'AIEA en développement ont conduit en 1990 le Conseil des gouverneurs à approuver un Code de bonne pratique et à demander au Directeur général de le transmettre à la Conférence générale, avec la recommandation de « l'adopter, d'en assurer une large diffusion et d'en suivre la mise en œuvre ».

31. Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs [INFCIRC/546, AIEA, Vienne (1997)]. L'article 27 établit des Normes internationales

de l'AIEA sur le mouvement transfrontière international de déchets radioactifs illustre le cas d'un code précurseur d'un instrument de droit impératif.

Pour évaluer l'importance d'un code non contraignant, il faudra tenir compte également des diverses manières dont il peut être rendu contraignant, souvent dans des délais assez courts. L'une des solutions consiste à introduire une norme non contraignante dans un traité qui, lui, l'est. C'est, par exemple, la solution normale et prévue, lorsque l'on complète par des protocoles contraignants une convention-cadre générale. Autre solution, la création d'un droit coutumier lorsque les États, conscients de leurs obligations juridiques ou en réponse à des pressions, adoptent comme pratique des règles existant à l'origine sous forme de déclarations solennelles (mais néanmoins non contraignantes[32]).

Au chapitre des droits de l'homme, le droit incitatif a généralement précédé le droit impératif, autorisant ainsi le consensus sur les normes. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme[33] a conduit à deux pactes, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[34]. Dans le domaine de l'environnement, les déclarations de principe lors de conférences mondiales ont encouragé la conclusion d'instruments, contraignants ou non, ce dont témoigne l'intense activité réglementaire après les conférences de Stockholm et de Rio[35]. Plusieurs codes de bonne conduite émanant des

---

applicables aux mouvements transfrontières de combustible usé. Adoptée le 5 septembre 1997 par une Conférence diplomatique que l'AIEA a convoquée.

32. Nous abordons-là un débat qui dépasse le cadre de cet article, Voir Paul C. Szasz *in Environmental Change and International Law* « *New Challenges and Dimensions* », Edith (Ed) Brown Weiss, Service de presse de l'UNU, 1992.

33. Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, p. 71.

34. Les conventions sur les races, les femmes, les enfants et la torture ont toutes été précédées de déclarations. La situation n'est plus la même depuis que l'on a traité les sujets « faciles » sur lesquels il existe un large consensus et les traités conclus à l'échelle mondiale se font plus rares. En revanche, il est de plus en plus fréquent que les Nations Unies adoptent des déclarations qui ne sont pas suivies de la signature de conventions. Les institutions régionales, de leur côté, continuent de formuler des obligations juridiques et s'efforcent de les faire respecter, probablement parce que la proximité culturelle facilite non seulement le consensus mais aussi la création d'institutions plus fortes. Les tribunaux des droits de l'homme n'existent d'ailleurs qu'au niveau régional. L'adoption de normes incitatives au niveau régional joue également un rôle important. Plus encore que pour les droits de l'homme, le contrôle des armements s'appuie sur un mélange de droit incitatif et de droit impératif, les engagements non contraignants étant annoncés par les instruments de droit impératif, ce qui renforce la valeur juridique du droit incitatif. Dans certains cas, le droit incitatif se substitue au droit impératif, voire prime sur ce dernier, ce qui est le cas des codes de bonne conduite privés, par exemple, les principes de Sullivan qui ont été adoptés par les entreprises commerçant avec l'Afrique du Sud à l'époque de l'apartheid.

35. L'approche par écosystème a fortement encouragé les initiatives régionales, ce dont témoignent la conclusion de nombreuses conventions régionales sur la mer et d'une série de conventions sur les Alpes, l'édification par l'Union européenne d'une réglementation exhaustive et la négociation d'accords majeurs dans le contexte de la CEEONU, de l'OAU, de l'ASEAN et d'autres institutions régionales. Mais, comme ce fut le cas de la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, ces conventions sont souvent suivies de l'adoption d'instruments de droit incitatif qui viennent combler des lacunes, font intervenir d'autres acteurs que les États, ou apportent des solutions provisoires lorsque la science n'est pas à même d'indiquer la voie à suivre.

organes des Nations Unies, entre autres[36] s'inscrivent ainsi dans les tentatives de création d'un nouvel ordre économique international[37]. Par leur formulation, ils ne constituent pas des normes obligatoires, de même qu'ils ne prévoient pas de véritables modalités d'exécution ; ils sont au contraire conçus pour être appliqués sur une base volontaire.

Un code non contraignant peut donc parfaitement constituer un premier pas vers la négociation et la conclusion d'obligations ayant force exécutoire, et devenir ainsi le fondement d'un régime conventionnel. Lorsque ce type de normes précède des conventions opposables, on peut dire qu'elles servent à édifier le consensus qui mènera à la convention juridiquement contraignante. En revanche, lorsqu'un traité fait référence à des instruments complémentaires à venir, ces derniers peuvent avoir la même valeur juridique.

III. Élaboration de normes à l'AIEA

Comme nous l'avons vu précédemment, l'harmonisation à l'échelle mondiale de la législation sur l'énergie nucléaire s'effectue par le développement de divers instruments, contraignants ou non, c'est-à-dire des accords bilatéraux et multilatéraux, des conventions, des directives, des normes et des codes de conduite ou de bonne pratique. En matière de sûreté nucléaire, l'AIEA mène des activités

36. Voir Kimminich « *Das Völkerrecht und die neue Weltwirtschaftsordnung* », 20 AVR (1982), p. 2 et svt.

37. Il existe tout un secteur d'activité des organisations intergouvernementales – dans les agences spécialisées et les domaines techniques des Nations Unies notamment – qui a produit des normes de conduite, règlements, consignes et pratiques recommandées divers et variés qui n'ont cependant pas le statut de droit contraignant. Ces instruments sont en général adoptés par des organismes internationaux qui en recommandent l'application pour leur propre bien aux États ou à d'autres agences. Les codes des Nations Unies, comme le Code des pratiques commerciales restrictives (1980) ; le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel (1981) ; le Code international de conduite pour le transfert de technologie (le Code TOT) et le Code international de conduite relatif aux sociétés transnationales, pour n'en nommer que quelques-uns ; les codes élaborés dans d'autres enceintes, tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (voir Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, OCDE Doc. C (76), 99 ; voir aussi OCDE Doc. C (76), 117 et C (79), 143; Seconde décision révisée du Conseil relative au traitement national : C (79), 118 et C (79), 144; Seconde décision révisée du Conseil relative aux stimulants et aux obstacles aux investissements internationaux : OECD Doc. C (79), 119 et 145; et la Décision du Conseil relative aux Procédures de Consultation intergouvernementale concernant les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales., 1976, ainsi que la Recommandation du Conseil remise concernant la coopération entre les pays membres sur l'action contre les pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux y compris celles qui impliquent des entreprises multinationales, 1978; tous textes reproduits dans Horn, *supra* note 5, p. 451 et suivantes; voir aussi Bryde, *supra* note 5, p. 77 et svtes ; voir aussi Vogelaar « *The OECD Guidelines: Their Philosophy, History, Negotiation, Form, Legal Nature, Follow-Up Procedures and Review* », in Horn, supra note 5, p. 127 et seq.; R. Blanpain « *The OECD Guidelines and Labour Relations: Badger and Beyond* », ibid., 145 et seq). S'il est vrai que les lois types et les directives n'ont pas vocation à codifier le droit international, elles sont néanmoins, comme nous l'avons vu précédemment, respectées par les États ou d'autres entités pour des diverses raisons. On peut citer la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international [U.N. « *Comm'n on Int'l Trade law* » Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, N.U., Doc. A/40/17, annexe I, U.N. Sales n° E.95.V.18 (1995)]; ainsi que les Directives de 1985 de la FAO sur le conditionnement et le stockage des pesticides [Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Directives sur le conditionnement et le stockage des pesticides (1985)]. Chaque État membre de l'AIEA est ainsi libre de déterminer dans quelle mesure il souhaite appliquer les dispositions d'un code.

dans trois directions fondamentales : tout d'abord, l'établissement de conventions internationales[38] comportant des obligations juridiquement contraignantes à respecter et recouvrant les différents aspects de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire ; la création de normes internationales de sûreté, en d'autres termes, de règles ou recommandations destinées à protéger la santé, garantir la sûreté nucléaire et réduire au minimum les dangers pour la vie et l'environnement; et enfin la mise en œuvre de mécanismes internationaux permettant d'appliquer ces normes.

A. Les Conventions de l'AIEA

Dans le passé, le traité multilatéral était la voie utilisée par l'AIEA pour instituer des règles sous ses auspices[39]. Toutefois, malgré tous ses mérites, cette solution présente des inconvénients. Les instruments internationaux contraignants exigent généralement des États qu'ils prennent rapidement des engagements fermes auxquels nombre d'entre eux ne sont pas disposés à souscrire. Il existe assurément pour les États bien des raisons de vouloir conserver leur entière souveraineté[40] – certains refusent tout simplement d'accepter une telle entrave à leur suprématie législative.

La formulation d'instruments internationaux contraignants concernant l'énergie nucléaire peut se révéler un processus lent et coûteux comportant des négotiations interminables entre les Parties[41].

---

38. La Convention sur la sûreté nucléaire, pour les réacteurs de puissance, et la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs (Convention commune) sont deux des principales conventions signées. Elles viennent s'ajouter bien sûr aux conventions adoptées après l'accident de Tchernobyl sur l'assistance en cas d'accident ou de situation d'urgence radiologique et la notification de ces événements. Il convient de noter que la Convention sur la sûreté nucléaire, bien qu'étant une « Convention incitative » comme la Convention commune ; voir respectivement Préambule paragraphe (vii) et (ix), est le premier instrument international par lequel les Parties se sont engagées juridiquement à veiller à la sûreté des réacteurs de puissance civils terrestres.

39. Par exemple, la Convention sur la sûreté nucléaire ; la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs; la Convention sur la protection physique des matières nucléaires ; la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique ; la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire ; la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires ; le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires ; le Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, concernant le règlement obligatoire des différends ; le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris et la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires.

40. Parfois pour des motifs juridiques internes, ce qui est le cas des États-Unis qui souhaitent éviter les procédures de ratification par le Congrès. Voir « *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements* », Oscar Schachter, (1977), Vol 761 « *American Journal of International Law* », p. 302. Les critères appliqués par le Département d'État pour décider de ce qui relève de la Convention internationale à soumettre à l'approbation du Congrès sont la volonté des Parties de s'engager par un instrument juridiquement contraignant, éliminant ainsi les engagements à finalité purement politique ou personnelle.

41. Par exemple, les réunions prolongées du Comité permanent sur la responsabilité des dommages nucléaires dont le mandat s'énonçait comme suit : « (i) Étudier la responsabilité internationale pour les dommages nucléaires, y compris la responsabilité civile internationale, la responsabilité internationale des États et les relations entre la responsabilité civile internationale et la responsabilité internationale des États ; (ii) Maintenir à l'étude les problèmes liés à la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile et conseiller les États Parties à cette Convention à propos de tout problème de ce genre ; (iii) Entreprendre les préparatifs de fond et prendre les dispositions administratives nécessaires pour la Conférence de révision devant être convoquée conformément à l'article XXVI de la Convention relative à la

Le résultat est, le plus souvent, un texte qui est le fruit d'un compromis. En outre, ce texte n'entre pas en vigueur tant que le nombre prescrit d'États n'y a pas adhéré[42]. Une fois entré en vigueur, il peut être difficile à modifier ou à adapter aux changements ou aux nouveaux besoins. Seuls les États qui l'ont expressément ratifié ou qui y ont adhéré sont liés par cet instrument, ce qui crée une division entre ceux qui y sont Parties et les autres. Le processus peut encore être ralenti par le fait qu'il faut, en la matière, satisfaire à des exigences tant nationales qu'internationales.

En revanche, on remarquera qu'un instrument international ayant force obligatoire n'aura pas nécessairement pour effet d'empêcher un pays de mener une activité nucléaire particulière comme il lui plaît ou de le contraindre à changer de démarche ou de méthode. Il s'agit plutôt d'un moyen de s'assurer qu'il existe une norme uniforme applicable à une activité nucléaire particulière.

B. Les Normes de sûreté de l'AIEA

La mission de l'AIEA telle qu'elle est décrite dans son Statut[43], consiste en grande partie à établir (en collaboration avec les organes compétents des Nations Unies et les agences spécialisées concernées) des normes et des guides internationaux recommandés par des panels d'experts choisis à titre individuel pour conseiller le Secrétariat de l'AIEA, puis à en favoriser l'application. Ces publications sont classées par collections[44]. Le Conseil des gouverneurs de l'AIEA approuve les normes de sûreté (qui, contrairement aux codes, n'ont pas besoin de l'aval de la Conférence générale de l'AIEA[45]) : ces dernières sont publiées avec son autorisation et représentent une référence

---

responsabilité civile en matière de dommages nucléaires » (Voir paragraphe 6.3.A du document GOV/2427).

On notera au contraire les négociations rapides de deux conventions de l'AIEA, la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire [INFCIRC/335 (1986)] et la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique [INFCIRC/336/Add.1 (1986)]. Ces deux Conventions ont été ouvertes à la signature quatre mois après la constitution d'un groupe de travail intergouvernemental dans le sillage de l'accident de Tchernobyl survenu le 26 avril 1986.

42. Le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires a été ouvert à la signature à Vienne le 29 septembre 1997 mais n'est entré en vigueur que le 4 octobre 2003, trois mois après la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, comme le prescrit l'article 21.1.

43. Article III.A.6 du Statut.

44. La collection des Normes de sûreté de l'AIEA comprend des publications de nature réglementaire portant sur la sûreté nucléaire, la protection radiologique, la gestion des déchets radioactifs, le transport des substances radioactives, la sûreté des installations du cycle du combustible et l'assurance qualité. Comme nous l'avons vu précedemment, ces ouvrages sont publiés en vertu du Statut de l'Agence qui autorise cette dernière à établir des Normes de sûreté pour la protection contre les rayonnements ionisants. La collection des Normes de sûreté remplace la Collection Sécurité qui compte plus de 200 titres. Les ouvrages de la collection des Normes de sûreté de l'AIEA se classent en quatre familles : (1) les Fondements de sûreté (F ; lettrage bleu), énoncent les objectifs, les concepts et les principes fondamentaux de sûreté et de protection – il s'agit des « documents d'orientation » de la collection; (2) les Prescriptions de sûreté (R ; lettrage rouge), établissent les prescriptions fondamentales qui doivent être respectées pour garantir la sûreté d'activités ou d'applications spécifiques ; et (3) les Guides de sûreté (G ; lettrage vert), recommandent les mesures, conditions ou procédures permettant de respecter les prescriptions de sûreté.

45. On observera que seuls les fondements de sûreté et les prescriptions de sûreté doivent être approuvés par le Conseil des gouverneurs de l'AIEA avant leur publication. Les Guides de sûreté sont publiés sous l'autorité du Directeur général de l'AIEA.

internationale pour les législations et réglementations nationales. Pour autant, la réglementation en sûreté que l'on trouve dans les instruments juridiques internationaux produits à ce jour peut être plus ou moins juridiquement contraignante. En résumé, ces Normes de sûreté ont un caractère obligatoire pour toutes les activités nucléaires entreprises avec l'assistance de l'AIEA, mais si cette assistance n'est fournie et qu'un État met en œuvre ces normes par choix, ces normes n'ont plus que la valeur de simples recommandations. On a fait remarquer que tant la sévérité de ces normes que leur application universelle devaient relever du volontariat et de leur statut de recommandation. Or il est admis que ces normes, pour facultatives qu'elles soient, sont devenues l'un des principaux moyens d'harmoniser les démarches de sûreté[46].

C. Les Codes de l'AIEA

L'AIEA a établit trois codes[47]: un Code de bonne pratique sur le mouvement transfrontière international des déchets radioactifs, un Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives et un Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche[48].

Nous avons vu qu'un code est, par essence, un instrument de droit incitatif, contrairement aux intruments internationaux juridiquement contraignants, et qu'il n'a donc pas intrinsèquement de force obligatoire. Et pourtant, une fois approuvé par le Conseil des gouverneurs et avalisé par la Conférence générale de l'AIEA[49], le code devient un instrument juridique non contraignant établi dans une

---

46. Pour approfondir le sujet, lire Elbaradei, M., Nwogugu, E., Rame, J., Le droit international et l'énergie nucléaire : aperçu du cadre juridique, *Bulletin* de l'AIEA, Vol. 37, n° 3, 1995; et « *History of the International Atomic Energy Agency, The First Forty Years* », David Fischer, 1997.

47. (1) Code de bonne pratique sur le mouvement transfrontière international de déchets radioactifs. Adopté par la Conférence générale GC (XXXIV)/RRES/530 du 21 septembre 1990. GOV/2445, annexe 1, 9 mai 1990. Comme nous l'avons vu précédemment, les dispositions de ce code sont aujourd'hui globalement intégrées à l'article 27 de la Convention commune; (2) Code de conduite révisé sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives GOV/2003/49-GC(47)/9, 29 juillet 2003; et (3) Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche, GOV/2004/4, 2 février 2004 ou GC(48)/7, 19 juillet 2004.

48. En mars 2003, le Conseil des gouverneurs a examiné un projet de Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche (GOV/2003/7) et a décidé de le communiquer à tous les États membres pour recueillir leurs commentaires puis de demander au Secrétariat d'en établir une nouvelle version en fonction des réponses reçues. Au mois d'octobre 2003, le Secrétariat a établi une version révisée du code en consultation avec un Groupe de travail constitué de 15 spécialistes de 11 États membres. Cette version révisée tenait compte des observations communiquées par les États membres et des déclarations faites par le Conseil des gouverneurs en mars 2003. De nouveau, la version révisée a été communiquée pour commentaires à tous les États membres. Ce Code de conduite révisé sur la sûreté des réacteurs de recherche (GOV/2004/4, 2 février 2004) a été approuvé par le Conseil des gouverneurs lors de sa réunion de mars et a été adopté par la 48ème session ordinaire de la Conférence générale tenue au mois de septembre 2004.

49. Le Conseil des gouverneurs, lors de sa réunion de juin 2003, a approuvé et transmis à la Conférence générale le Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives, avec la recommandation de « l'adopter et d'en favoriser une large diffusion » [GOV/2003/49-GC(47)/9, date: 29 juillet 2003]. Approuvant les objectifs et principes énoncés dans le code, la Conférence générale, lors de la session de septembre 2003, a reconnu qu'il ne s'agissait pas d'un instrument jurdiquement contraignant [GC(47)/RES/7, septembre 2003]. Dans le cas du Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche, le Conseil des gouverneurs a adopté le code à sa session de mars 2004. Le Conseil a demandé au Directeur général de le communiquer à tous les États membes et aux organisations internationales concernées et de le transmettre à la Conférence générale en lui recommandant de l'approuver et d'inciter à l'appliquer largement en adoptant les orientations pour la sûreté des réacteurs de recherche établies dans

enceinte internationale afin d'aider les États à élaborer et à harmoniser leurs politiques, leurs législations et leurs réglementations[50].

On s'interrogera sur l'utilité de tels codes sachant que des normes, bien que relevant du droit incitatif, existent probablement déjà, par exemple dans la collection des Normes de sûreté de l'AIEA. Pourtant, ces codes ont une existence autonome et indépendante des autres documents, notamment de ces normes. Pour les besoins de la présente analyse, on remarquera aussi qu'ils peuvent constituer un moyen d'inciter un État à appliquer les Normes de sûreté de l'AIEA[51], sachant qu'il revient toujours à l'État de prendre la mesure nécessaire pour appliquer les consignes contenues dans le code[52].

IV. Efficacité d'un code

Il est capital qu'un code soit efficace, et la pratique tend à démontrer que c'est le cas. L'efficacité du code tient, plus qu'à sa valeur juridique formelle, à des facteurs tels que le fait qu'il puisse être adopté par le plus grand nombre de pays, qu'il bénéficie du soutien de toutes les Parties concernées et qu'il puisse évoluer ultérieurement[53]. Par conséquent, si l'objectif premier est l'efficacité et si la valeur juridique du code passe au second plan, il faudra que toutes les Parties concernées

---

le code. La Conférence générale, dans sa Résolution 10 [GC(48)RES/10, septembre 2004], s'est réjoui de son adoption par le Conseil et a encouragé les États membres à appliquer les orientations définies par le Code pour la gestion des réacteurs de recherche. Elle a de plus, demandé au Secrétariat, dans la mesure des ressources disponibles, de continuer à assister les États membres dans leur mise en œuvre du code et des orientations en matière de sûreté.

50. Nous exprimons là la conception du Bureau des affaires juridiques de l'AIEA à propos des Codes de conduite. Voir paragraphe 6 du rapport du Président (en date du 16 octobre 2003) de la réunion du Groupe de travail sur la révison du Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche, qui a eu lieu à Vienne du 13 au 17 octobre 2003.

51. Le Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche [GOV/2003/7, 6 février 2003] spécifie que « L'application effective du présent Code dépend de l'application, par le biais de règlements nationaux, à toutes les étapes de la durée de vie des réacteurs de recherche, des Normes de sûreté de l'AIEA relatives aux réacteurs de recherche et de celles qui concernent l'infrastructure législative et gouvernementale pour la sûreté nucléaire, la sûreté radiologique, la sûreté des déchets radioactifs et la sûreté du transport ». Ce code, qui a été révisé depuis la réunion du Conseil des gouverneurs du mois de mars 2004 (Voir GOV/2004/4, 2 février 2004), emploie l'expression « application effective ». Les principaux documents dont s'inspire le code qui, pour l'essentiel, reprend les exigences fondamentales énoncées dans la collection des Normes de sûreté sont, dans la catégorie des fondements de sûreté de l'AIEA : La sûreté des installations nucléaires, SS n° 110, 1993, dans la catégorie des Prescriptions de sûreté de l'AIEA : « *Legal and Gov't Infrastructure for Nuclear, Radiation, Radioactive Waste and Transport Safety* », GS-R-1, 2000; « *Safety Requirements for Research Reactors* », DS 272, (en préparation, doit remplacer les numéros 35-S1 et 35-S2); le Code pour la sûreté des réacteur nucléaires de recherche : Conception, SS n° 35-S1, 1992; le Code pour la sûreté des réacteurs de recherche : Exploitation, SS n° 35-S2, 1992; et « *Predisposal Management of Radioactive Waste, Including Decommissioning* », WS-R-2, 2000.

52. Le Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives s'inspire pour ce qui le concerne des « Normes internationales » existantes et les complète. Ces normes devraient intégrer les Normes de sûreté de l'AIEA.

53. Voir aussi le rapport du Secrétariat intitulé : « *Transnational Corporations: Certain Modalities for Implementation of a Code of Conduct in relation to its Possible Legal Nature* », Commission des sociétés transnationales, Groupe de travail intergouvernemental du Code de conduite, E/C.10/AC.2/9, 22 décembre 1978.

s'entendent tant sur son contenu que sur le mécanisme mis en œuvre pour son application. On peut donc dire sans risque de se tromper qu'en ce sens un instrument efficace est celui qui a d'importantes répercussions sur le comportement de ceux auxquels il s'adresse[54]. Si l'on veut que la norme soit efficace et respectée, l'important n'est pas tant qu'elle soit techniquement et juridiquement contraignante que qu'elle réponde aux intérêts et préoccupations des Parties concernées. En d'autres termes, il s'agit de satisfaire les besoins des Parties parce que le respect de la norme est souhaitable et que son inexécution serait dommageable.

Les rédacteurs du code doivent calculer les effets des mesures qu'ils préconisent de façon à vérifier si ses objectifs seront remplis, autrement dit si le code sera efficace. Dans cette perspective, on a identifié trois critères permettant de déterminer l'efficacité d'un Code de bonne conduite (A) le statut juridique officiel de l'instrument auquel il est intégré – son adoption ; (B) le libellé précis des dispositions définissant les comportements qu'il vise à produire ; et (C) le mécanisme mis en place pour son application et les mécanismes de contrôle ultérieur[55].

A. La forme juridique

Il existe d'innombrables types d'instruments utilisés à l'échelle internationale mais, pour les besoins de cette analyse, nous en retiendrons trois : la Convention multilatérale internationale, opposable en droit international aux États souverains qui l'ont adoptée ; une résolution officielle d'un organe directeur d'une organisation internationale (combinant éventuellement les caractéristiques d'une déclaration ou d'une recommandation[56]) ; et une déclaration solennelle d'États souverains (dans le cadre d'une conférence internationale) qui ne prendra cependant pas la forme d'un traité contraignant. La principale différence entre une convention et les instruments qui ne possèdent pas de force exécutoire tient au fait que les États qui ont signé une convention ont une obligation juridique de respecter les dispositions qu'elle contient. Dans quelle mesure cette obligation limite effectivement la liberté d'action de l'État, dépend en grande partie du libellé de la convention, du type d'obligation imposé et des dispositions relatives à son application.

Rappelons que la forme juridique d'un instrument n'est que l'un des facteurs qui déterminent sa force exécutoire réelle (son efficacité). Un texte sous la forme d'une convention internationale n'imposera pas de véritables obligations si ses dispositions sont énoncées sur le mode facultatif, en termes vagues et généraux, ou si elles laissent trop de lattitude à l'État. Au contraire, un instrument formellement non contraignant peut avoir un impact pratique considérable[57]. Les États se sentent normalement tenus à un comportement rationnel vis-à-vis d'instruments qu'ils ont officiellement

---

54. « *…the status of a generally accepted Code is such that governments may feel it appropriate to transform Code provisions into national law.* » p. 244, « *Implementing Codes of Conduct for Multinational Enterprises* », Pieter Sanders, p. 241-248, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 30 (1982).

55. Voir aussi le rapport du Secrétariat intitulé : « *Transnational Corporations: Certain Modalities for Implementation of a Code of Conduct in relation to its Possible Legal Nature* », Commission des sociétés transnationales, Groupe de travail intergouvernemental du Code de conduite, E/C.10/AC.2/9, 22 décembre 1978.

56. Selon le Professeur Dupuy, les résolutions, même s'il ne s'agit que de recommandations, sont en passe de prendre une toute autre valeur en ce sens qu'elles expriment une « légitimité qui préfigure la légalité de demain ».

57. Voir A.A Fatouros « *The UN Code of Conduct on Transnational Corporations: A Critical Discussion of the First Drafting Phase* », p. 103-105, In Horn (ed.), « *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises* », Kluwer-Deventer, 1980.

accepté, même si ces derniers sont techniquement dénués de force obligatoire. Ainsi, les circonstances dans lesquelles le code a été accepté ou adopté revêtent une importance primordiale puisqu'elles peuvent également avoir une influence déterminante sur l'exécution effective du code.

Il existe divers moyens, très différents, de renforcer l'engagement des États vis-à-vis d'un code non contraignant. D'un côté, les États peuvent opter pour une forme « traditionnelle » d'accord international contraignant sur le sujet, par exemple une convention. De l'autre, ils peuvent au contraire choisir une formule « traditionnellement » considérée comme un instrument international non contraignant, soit une résolution de la Conférence générale de l'AIEA sur le sujet. Une manifestation de soutien de la part d'un représentant de l'État concerné, qu'il s'agisse d'une déclaration unilatérale ou d'un engagement politique, déterminera de même les répercussions du code sur le droit international.

i. Les résolutions de la Conférence générale de l'AIEA

Aux Nations Unies, les codes peuvent être adoptés par une résolution de l'Assemblée générale, à l'AIEA, par une résolution de la Conférence générale. On peut toutefois se demander si cette résolution a force obligatoire (en particulier si elle n'a fait l'objet d'aucune réserve), en tant qu'elle reflète le droit coutumier[58].

Au regard du droit international, il importe peu qu'un organe directeur de l'AIEA émette une recommandation, quand bien même cette recommandation aurait une importance psychologique ou serait justifiée par une législation nationale ou un engagement international. Si le code n'est pas juridiquement contraignant, le fait de l'adopter par consensus souligne l'engagement politique à respecter les principes qui y sont énoncés. L'engagement individuel d'un État le renforcera encore. Dans le passé, le Conseil des gouverneurs de l'AIEA a recommandé à certains États membres de s'inspirer des Normes de sûreté de l'AIEA (par exemple, celles qui traitent des transports) pour établir leur réglementation nationale ou de tenir compte de certain codes pour concevoir leur réglementation nationale ou des recommandations. Le Directeur général a également formulé des recommandations de ce type dans des publications reprenant le texte de certaines Normes de sûreté, voire dans des manuels publiés sous son autorité. Toutefois, en droit international, ces recommandations n'ont pas en général

58. On remarquera à cet égard qu'en fait la question de la valeur normative des résolutions adoptées par des organisations internationales est encore en discussion. Pour certains auteurs, ces résolutions pourraient, dans certaines circonstances, créer des droits et obligations pour les États membres de l'organisation, voire être considérées comme équivalant à des traités simplifiés lorsqu'elles sont adoptées à l'unanimité (Voir *Oppenheim's International Law, Ninth Edition*, Vol. 1, p. 48). Pour d'autres, « l'adoption d'une résolution à l'unanimité […] ne constitue toujours pas une preuve de l'existence d'un accord, mais seulement une indication. L'accord n'est effectif que lorsque les États reconnaissent pour du droit international le contenu de la résolution avant, pendant et après le vote, par des déclarations unilatérales, des actes implicites ou parce qu'ils acceptent sans manifester d'opposition les déclarations juridiques respectives » (Voir « *The Charter of the United Nations* », *a commentary*, B. Simma, *Second Edition*, Volume 1 p. 272). D'après la Cour internationale de justice [voir Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, Rapports de la CIJ (1996), paragraphes 70-71], « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption ; il faut en outre vérifier qu'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif ». Pour connaître l'opinion des États, voir « Actes unilatéraux – Réponses des gouvernements au questionnaire », Assemblée générale, Commission du droit international, 52ème session, A/CN.4/5.11, 6 juillet 2000.

force de loi, et il convient de s'en souvenir. De plus, le Statut de l'Agence n'impose nullement aux États membres de respecter les recommandations que pourrait formuler à ce propos un organe de l'Agence, voire de faire rapport à l'Agence sur la façon dont ils mettent en pratique ces recommandations ou encore de faire savoir ou d'expliquer pourquoi ils les rejetttent[59].

ii. Déclaration unilatérale

Le terme « déclaration » est appliqué à divers instruments juridiques internationaux. Les États l'emploient souvent pour signifier un engagement de leur part. Les déclarations ne sont pas toujours juridiquement contraignantes. « Certaines déclarations unilatérales peuvent créer des droits et des devoirs pour les États, d'autres se borneront à expliquer ou à justifier des conduites, des points de vue ou des intentions sur divers sujets et sont davantage d'ordre politique que juridique[60] ». Les déclarations, cependant, peuvent être considérées comme des traités, au sens général du terme, visant à produire des obligations en droit international. Il convient, par conséquent, de déterminer au cas par cas si les Parties avaient l'intention de créer des obligations contraignantes ainsi que les circonstances qui fondent le crédit accordé à une déclaration par d'autres États. En droit international, ce sont là les éléments qui permettent d'établir si un État est lié par une déclaration unilatérale.

À plusieurs occasions, la Cour internationale de justice (la CIJ) a été appelée à déterminer si une déclaration unilatérale avait créé des obligations juridiques pour l'État qui en était l'auteur. La CIJ énonce en termes généraux la doctrine juridique en la matière dans ses conclusions sur l'Affaire des essais nucléaires (Australie c. France) de 1974. La CIJ dispose que :

> « Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire[61]. » (Souligné par l'auteur).

Sur cette base, la CIJ a conclu que divers communiqués, messages et interviews de personnes s'exprimant au nom du Gouvernement français constituaient des engagements juridiquement contraignants pour la France.

Par contre, dans l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), la Cour « [ne] trouve cependant rien dans ces documents, [à savoir, une résolution de la XVII^{ème} réunion de consultation des Ministres des relations extérieures de l'Organisation des États américains et une communication de la junte du Gouvernement de reconstruction nationale du Nicaragua au Secrétaire général de l'Organisation, accompagnée d'un « plan de paix »] qui permette de conclure à l'intention de faire naître un engagement juridique[62] ». La communication de la junte du Gouvernement susmentionnée faisait état, entre autres, « de la volonté

59. Comparer la Constitution de l'OMS [14 CTNU 185], article 22, et la Convention relative à l'aviation civile internationale [15 CTNU 295], article 38.

60. *Oppenheim's International Law, Ninth Edition*, Vol. 1, parties 2 à 4, p. 1190.

61. Rapport CIJ (1974), p. 253 (Australie c. France).

62. Rapport CIJ (1986), para. 261 (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique).

de la junte de respecter les droits de l'homme dans le pays et d'organiser les premières élections libres depuis un siècle ». La CIJ a jugé que cette communication relevait pour l'essentiel d'une « promesse politique ».

Cependant, dans l'Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali), la CIJ n'a pas reconnu de caractère obligatoire à la déclaration orale du chef d'État du Mali, affirmant « Le Mali… s'étend sur 1 240 000 kilomètres carrés, nous ne pouvons nous battre de manière injustifiée, pour un bout de territoire de 150 kilomètres de long. Même si la Commission de l'Organisation de l'unité africaine décide objectivement que la ligne de frontière passe par Bamako, le Gouvernement que je préside s'inclinera devant la décision[63]. ».

Selon la CIJ, « Rien ne s'opposait en l'espèce à ce que les Parties manifestent leur intention de reconnaître le caractère obligatoire des conclusions de la Commission de médiation de l'Organisation de l'unité africaine par la voie normale : celle d'un accord formel fondé sur une condition de réciprocité. Aucun accord de ce genre n'ayant été conclu entre les Parties, la Chambre estime qu'il n'y a pas lieu d'interpréter la déclaration faite par le chef d'État malien […] comme un acte unilateral comportant des effets juridiques au regard du présent différend[64]. »

D'après la CIJ, par conséquent, les déclarations unilatérales des États peuvent avoir des effets juridiques variables en fonction de divers facteurs. L'auteur de la déclaration unilatérale semble être déterminant en la matière, mais aussi la teneur de la déclaration en question et, plus encore, l'intention de l'auteur de se lier par elle et, son pendant, les attentes légitimes du destinataire. Il n'y a donc pas de réponse tranchée à la question de savoir quelles sont les conditions à respecter et des élements nécessaires pour qu'une déclaration unilatérale constitue une obligation juridique[65].

Enfin, il nous faut rappeler ici, que la forme que prend cette déclaration n'est pas déterminante. Dans l'Affaire des essais nucléaires de 1974, la cour a rappelé que :

> « Pour ce qui est de la forme, il convient de noter que ce n'est pas là un domaine dans lequel le droit international impose des règles strictes ou spéciales. Qu'une déclaration soit verbale ou écrite, cela n'entraîne aucune différence essentielle, car de tels énoncés faits dans des circonstances particulières peuvent constituer des engagements en droit international sans avoir nécessairement à être consignés par écrit. La forme n'est donc pas décisive[66] » (Souligné par l'auteur).

iii. Les engagements politiques

Il est rare que l'on définisse ce que l'on entend par un engagement politique ou moral si ce n'est pour dire qu'il n'emporte aucun effet ni sanction juridique. Savoir si ces engagements sont en général respectés relève de la recherche empirique et non de l'analyse de la normativité[67]. Selon certains,

63. Rapport CIJ (1986), para. 36 (Burkina Faso c. République du Mali).

64. Rapport CIJ (1986), para. 40 (Burkina Faso c. République du Mali).

65. Voir également dans ce contexte les travaux actuels de la Commission du droit international lors de sa cinquante quatrième session en 2002, tels que décrits dans son rapport. [Documents officiels de l'Assemblée générale, 54ème session, Supplément no 10 (A/57/10)].

66. Rapport CIJ (1974), p. 267 (Australie c. France).

67. Voir « *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements* », Oscar Schachter, (1977), Vol 761, *American Journal of International Law*, p. 303.

contrevenir à la loi aurait des conséquences juridiques tandis qu'enfreindre la norme politique aurait des conséquences politiques. Or que vaut ce type de distinction si l'on sait que derrières les conséquences d'une infraction à la loi se cachent parfois des motivations politiques ?

Nous ferons remarquer que l'engagement politique d'un État suppose et doit se concrétiser par des mesures législatives et administratives internes. De plus, l'État qui s'engage ainsi, conclut de cette manière un pacte international avec d'autres États qui ont pris le même engagement. On peut considérer en l'occurrence qu'il a estimé que le sujet en question n'était plus de ressort exclusif. Ce qui ne signifie pas cependant qu'une infraction aux dispositions de l'instrument en question aurait des conséquences juridiques[68].

B. La formulation

Il existe diverses manières d'exprimer des obligations juridiques, et nous n'en citerons ici que quelques-unes : (a) la précision du langage employé constitue un élément important du texte d'un code. Plus la formulation est précise plus se restreint la liberté des Parties. De même qu'un texte vague laisse davantage de liberté[69]. (b) Une disposition peut viser un résultat ou une fin et encourager une

68. Une fois un code approuvé par la Conférence générale de l'AIEA, les États peuvent être encouragées à s'engager individuellement à appliquer le code. Dans le cas du Code de conduite sur les sources, la Conférence générale, tout en reconnaissant que le code n'était pas un instrument juridiquement contraignant, a néanmoins incité chaque État membre à faire savoir au Directeur général qu'il soutenait et approuvait pleinement les efforts de l'AIEA dans ce domaine, qu'il prenait les mesures nécessaires pour respecter les dispositions du code et qu'il encourageait d'autres pays à suivre son exemple. Il a été demandé au Directeur général, dans la mesure où ses moyens le lui permettraient, d'établir, de tenir à jour et de publier la liste des États ayant pris ce type « d'engagement politique ». Il a pourtant été admis que les démarches que nous venons de décrire sont exceptionnelles, qu'elles n'ont pas de force juridique, sont purement informatives, et par conséquent ne constituent pas un précédent pour d'autres Codes de conduite de l'Agence ou d'autres organisations appartenant au système des Nations Unies [voir GC(47)/RES/7, septembre 2003]. Voici quelques exemples d'engagements politiques proposés au moment de la rédaction du Code de conduite sur les sources : (a) « [État] déclare qu'il [elle] appliquera dans son (sic) intégralité les dispositions du Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives. Conformément au caractère juridiquement non contraignant du code, la présente déclaration ne crée aucune obligation juridique », (b) « [État] soutient et approuve pleinement les efforts faits par l'AIEA pour élaborer des Normes internationales pour la sûreté et la sécurité des sources radioactives. [État] œuvre en vue d'une application intégrale des dispositions du Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives de l'AIEA et encourage les autres États à faire de même. » (c) « [État] affirme sa determination à respecter les principes de gestion sûre et sécurisée des sources radioactives, tels qu'ils sont énoncés dans le Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives. Conformément au caractère juridiquement non contraignant du code, la présente déclaration ne crée aucune obligation juridique pour |État] et ne lui impose pas de faire rapport sur son degré d'application » (d) « [État] affirme son soutien aux travaux de l'AIEA dans le domaine de la sûreté et de la sécurité des sources radioactives et notamment à ceux qui ont permis d'achever récemment la révision du Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives, qui n'est pas juridiquement contraignant. [État] appliquera les dispositions dudit Code de conduite et prie instamment les autres États d'en (sic) faire de même. La présente déclaration ne crée aucune obligation juridique pour [État] et ne lui impose pas de faire rapport sur son degré d'application. ». Voir Rapport du Président de la Réunion d'experts techniques et juridiques à participation non limitée chargée d'examiner un projet de Code de conduite révisé sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives, tenue à Vienne du 14 au 18 juillet 2003 [GOV/2003/49-GC(47)/9, Annexe 2].

69. Conformément à la pratique adoptée pour les codes et guides, on distingue les prescriptions strictes des recommandations grâce à l'auxiliaire employé. Bien que la différence juridique soit infime, l'emploi de « *should* » traduit davantage l'esprit du code, c'est-à-dire son caractère volontaire et facultatif. On

conduite menant à ce résultat. Elle peut aussi énoncer des obligations ou recommandations concernant la conduite d'un acteur particulier. On combinera éventuellement les approches dans un jeu de dispositions énonçant ce qui est souhaitable, recommandé ou obligatoire, en les associant à des dispositions précisant les types particuliers de conduite menant au résultat souhaité. (c) Une disposition pourra comporter des termes renvoyant expressément (par exemple, des exceptions au nom de l'intérêt national) ou implicitement (par exemple, la mention de normes de conduite plus générales et dont l'application suppose des décisions des Parties concernées ou d'une autorité quelconque), à des décisions de la Partie concernée ou d'autres Parties à propos de certains aspects de la conduite prescrite ou interdite.

Les rédacteurs d'un code devront déterminer au départ si le code sera contraignant ou non. Si c'est la deuxième solution qui est choisie, il n'y a pas de raison de ne pas établir un instrument contenant un texte très précis : les États conserveront officiellement toute leur liberté d'action, et le fait de ne pas respecter une règle inappropriée dans un cas particulier ne constituera pas une infraction à une obligation juridique. Rédiger un code sans tenir compte de sa forme juridique risque de produire le pire résultat qui soit : un instrument non contraignant avec une formulation vague et générale. Comme nous l'avons vu plus haut, un code ne sera efficace que s'il est largement accepté et si tous les États qui l'ont adopté le respectent. Mais on peut aussi se trouver dans le cas inverse : un code accepté par tous ou la majorité des pays concernés, mais formulé de façon si vague et générale qu'il n'apporte rien par rapport à la situation antérieure, un code où, sur les points importants, les Parties concernées sont parvenues à des compromis linguistiques privant le code de tout effet réel, ou encore un code ne contenant aucune disposition concernant son application[70].

C. Mise en œuvre

Au niveau national, les instruments internationaux juridiquement non contraignants deviennent souvent source de droit[71] parce qu'ils sont adoptés dans la législation et la réglementation nationales, parfois avant même de s'être imposés au niveau international. Pourtant, à proprement parler, de nombreux instruments de « droit incitatif » n'ont pas besoin d'être inscrits dans la législation nationale, ce qui fait d'ailleurs qu'ils peuvent être plus facilement adoptés et appliqués sans délai par les États que les conventions.

---

remarquera cependant qu'un État qui décide de mettre en pratique les dispositions d'un code est effectivement voué à s'assurer que ses dispositions sont respectées.

70. Voir A.A Fatouros, « *The UN Code of Conduct on Transnational Corporations: A Critical Discussion of the First Drafting Phase* », p. 123, In Horn (ed.), « *Legal Problems of Codes of Conduct for Multi-national Enterprises* », Kluwer-Deventer, 1980.

71. Par exemple, le Codex Alimentarius – produit conjointement par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture et l'Organisation mondiale de la santé établit des normes pour « tous les principaux produits alimentaires » et est utilisé par l'industrie alimentaire du monde entier. Il représente une parfaite illustration d'un instrument officiellement contraignant qui a pris valeur de droit dans de nombreux États, et cela dans un domaine ayant des répercussions pratiques sur une multitude de gens. Un État qui n'a pas intégré ce code à sa législation nationale reste néanmoins influencé par les dispositions qu'il contient. Pour approfondir le sujet, lire « *Codex standards and other Codex measures are widely used by governments and by the international food trade* », Frederic Kirgis, « *Specialized Law-Making Processes, in The United Nations and International Law* », p. 86.

L'adoption[72] d'un code par des États, sous forme de convention internationale ou de résolution de la Conférence générale, aura immanquablement des répercussions sur le droit des États qui l'adoptent. L'effet sera plus fort et immédiat si le code est adopté dans une convention, mais il pourra se ressentir aussi si le choix s'effectue en faveur de l'instrument non contraignant. Par ailleurs, le code peut contenir des dispositions prévoyant diverses modalités d'application au niveau national, comme il peut aussi bien ne pas contenir de dispositions à ce sujet. Une autre solution consiste à inclure des dispositions faisant référence à l'ensemble du code et par lesquelles les États s'engagent en général à donner effet aux principes qu'il renferme. Le code peut aussi inclure des dispositions spécifiques prescrivant de lui donner effet en droit interne ou exigeant que le texte même du code soit repris dans une loi. Le code peut enfin contenir des dispositions exigeant des États de rendre compte des progrès de son application régulièrement ou occasionnellement[73].

V. Les formules possibles

Dans la section qui suit de cet article nous évoquerons une liste non exhaustive de formules possibles pour un Code de conduite de l'AIEA. Il s'agit simplement d'exemples donnés à titre d'illustration qui devront être analysés à la lumière de ce qui précède. Nous n'avons pas de préférence pour l'un ou l'autre. Par « formules » nous entendons aussi bien les divers types de mécanismes nécessaires à la mise en œuvre du code que la forme juridique (contraignante ou non contraignante) de l'instrument dans lequel il s'incrit.

De l'analyse de ces options, il ressort que la forme et le contenu sont interdépendants. En d'autres termes, l'intérêt d'une démarche contraignante ou non contraignante dépendra du contenu qui lui-même est fonction des objectifs recherchés. On fera valoir, ce qui paraît sensé, que le contenu doit être déterminé avant la forme. Or la question de la forme aura aussi des implications sur le contenu plus spécifique. Pour les besoins de cette démonstration, nous étudierons ici la forme. Le code sera

72. Lors des révisions du projet de Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche, il a été suggéré, en raison du caractère non contraignant du code, d'utiliser à la place de l'expression « application du code » l'expression « application des orientations données dans le code ». Voir « *Working Group Meeting on Revision of the Draft Code of Conduct on the Safety of Research Reactors* », Vienne, 13-17 octobre 2003, *Report of the Chairman*, 16 octobre 2003.

73. À ce propos, le projet de Code de conduite sur la sûreté des réacteurs de recherche qui a été présenté au Conseil des gouverneurs en mars 2003 contenait des dispositions (et notamment deux paragraphes apparentés, le paragraphe 8 et le paragraphe 42), qui exigeaient des États de présenter pour examen à l'Agence des rapports nationaux sur la mise en œuvre des dispositions du code et dont l'Agence devait tenir compte pour la planification de ses programmes de coopération technique. Pourtant, bien que l'objectif de cette disposition fût d'encourager l'application du code, les commentaires présentés par les États membres lors du Conseil révélèrent que ces États étaient nombreux à ne pas souhaiter que l'Agence tienne compte de l'application du code lorsqu'elle établirait les programmes de coopération technique « parce qu'un code non contraignant ne doit pas restreindre l'accès à des matières, équipements et technologies destinés à être employés à des fins pacifiques… » (voir paragraphes 121-161, GOV/OR.1063, avril 2003). C'est pourquoi l'on peut lire dans les conclusions de la réunion du « *the Stakeholders' Group* » qu'il convient de supprimer la disposition concernant l'application du code et de la reprendre dans une résolution de la Conférence générale, comme cela avait été le cas du Code de conduite sur la sûreté et la sécurité des sources radioactives (voir « *Conclusions from the Meeting of the Stakeholders' Group for the Code of Conduct on the Safety of Research Reactors* », 2003-10-07). En conséquence, le code révisé et présenté au Conseil des gouverneurs de mars 2004 et à la Conférence générale de septembre 2004 [GC(48)] dispose simplement que « Si l'État rencontre des difficultés pour appliquer les dispositions du présent Code, il devrait en faire part à l'Agence et lui indiquent l'assistance dont il peut avoir besoin. » (paragraphe 7, GOV/2004/4, 2 février 2004).

supposé entièrement non contraignant et facultatif et prendra la forme d'une déclaration s'inscrivant dans une résolution de la Conférence générale de l'AIEA.

Le code peut comporter des dispositions qui, entre autres :

- disposent que les États prennent les mesures nécessaires pour lui donner effet dans leur législation et leurs pratiques administratives nationales, et rendent compte régulièrement et à la demande des progrès de son application ;
- confient au Secrétariat la responsabilité de réunir et d'analyser les rapports des États sur les progrès de l'application du code ainsi que de la préparation d'études fondées sur ces rapports et sur d'autres sources ;
- confient à un Comité international la responsabilité de préparer et d'adopter les révisions du code ;
- constituent un groupe international d'experts chargé de commenter les dispositions du code en s'appuyant sur sa formulation et du contexte, de l'interpréter en fonction de sa structure et de sa finalité, de réaliser d'autres types de travaux en consultation avec les Parties concernées et de donner des consultations objectives sur tous les problèmes généraux et spécifiques qui pourraient lui être soumis par une partie intéressée ;
- prévoient des procédures non obligatoires de règlement des litiges entre États (conciliation, arbitrage et mécanismes juridictionnels) concernant l'application et l'interprétation du code.

À l'appui de cette formule, on peut invoquer les arguments suivants :

- il sera plus facile pour les États de s'entendre sur un code non contraignant qui pourra de ce fait être adopté et entrer en application rapidement ;
- par sa seule force morale, le code guidera la conduite des États et servira de source de droit pour les tribunaux et autorités administratives nationales, ce qui équivaut à un impact considérable ;
- les dispositions confiant au Secrétariat les tâches administratives multiplient les chances d'application du code ;
- l'exigence implicite de l'application du code dans le pays contribuera à en renforcer la fonction de source de droit au sein des États ;
- la disposition sur l'application nationale et sur les services administratifs et de contrôle ainsi que la création du groupe d'experts multiplieront les chances de voir le code respecté ;
- les dispositions relatives à la révision du code ouvrent la voie à des améliorations ultérieures. Le travail du groupe permet d'espérer d'importants progrès lors des révisions ;
- il est indispensable, pour inciter les États à respecter le code, d'introduire des dispositions prévoyant un règlement obligatoire de différends et de brandir la menace de sanctions.

En revanche, les arguments contre cette formule s'énoncent comme suit :

- les États n'accepteront pas des dispositions contre lesquelles ils ont de sérieuses objections et ce n'est pas parce qu'un code n'est pas contraignant qu'il sera adopté rapidement ;

- les États ne respecteront pas un texte dont les rédacteurs ont explicitement limité la portée, en ne lui donnant aucune force exécutoire ou en omettant de prévoir un mécanisme d'application spécifique ;
- tant que le code est non contraignant, rien ne prouve que les États modifieront suffisamment leurs législations et pratiques nationales en la matière et qu'ils établiront des rapports autorisant un suivi efficace ;
- il ne suffit pas que chaque pays agisse de son côté pour que le suivi et les contrôles soient assurés. Même si les États se comportent comme le code le prescrit, il peut y avoir trop de divergences fondamentales entre les législations et pratiques nationales ;
- l'examen administratif et technique des mesures prises par l'État ne suffit pas à imposer une application adéquate du code ;
- le mécanisme d'application est imparfait ; l'aide dont auront besoin des États pour comprendre la signification et le fonctionnement du code risque d'être insuffisante et le retour d'expérience sera analysé à un niveau trop abstrait pour permettre des révisions ultérieures qui soient efficaces ;
- le groupe d'experts est investi de responsabilités trop limitées pour avoir une influence déterminante sur l'efficacité du code. La constitution d'un groupe implique un jugement extérieur sur des cas particuliers, inadapté à un instrument essentiellement facultatif. Si le code ne contient pas de dispositions suffisamment précises, le groupe ne pourra pas travailler sur des bases correctes et prévisibles ;
- le caractère non contraignant de l'instrument nuit à l'efficacité du mécanisme d'application renforcé puisque l'État conserve l'entière liberté de ne pas utiliser le code.

Le code peut inclure des dispositions juridiquement contraignantes pour la mise en œuvre du code dans un protocole tandis que les autres dispositions seront inscrites, sous forme de déclaration, dans une résolution de la Conférence générale de l'AIEA. Si le code s'adresse à des publics particuliers, ce qui est le cas du Code sur les réacteurs de recherche (trois destinataires : l'État; l'autorité de sûreté et l'exploitant), on devrait pouvoir également séparer les dispositions en fonction des Parties concernées et ainsi décider, pour chaque catégorie, si elles doivent être contraignantes ou non. En d'autres termes, certaines dispositions relatives à une catégorie seront juridiquement contraignantes, et d'autres prendront la forme d'une déclaration figurant dans une résolution de la Conférence générale de l'AIEA.

En faveur de cette formule, on peut invoquer les arguments suivants :

- conférer un caractère obligatoire aux dispositions d'exécution permet de s'assurer de leur efficacité et de faire en sorte que les États intégreront le code dans leurs législations et pratiques nationales et l'appliqueront au demeurant ;
- le caractère juridiquement contraignant des dispositions d'exécution incitera les États ou les autres Parties concernées à utiliser le mécanisme d'application existant ;
- l'uniformité de la langue employée garantit une application cohérente de ces dispositions dans tous les pays ;
- l'existence de dispositions contraignantes s'adressant à une catégorie particulière de destinataires augmente l'efficacité du code. Libellées de manière assez générale, ces dispositions autorisent une certaine lattitude dans leur application.

En revanche, l'argumentation contre ce type de dispositif est la suivante :

- un code est un instrument international non contraignant. Ses dispositions sont des recommandations destinées à montrer la voie aux États membres ;
- l'uniformité recherchée en concluant un accord de ce type est trop rigide et contraignante pour des États aux situations très variables. En particulier, cette uniformité des législations nationales et des pratiques n'est ni souhaitable à cause des profondes différences qui existent entre États ni réalisable étant donné le rôle dévolu aux autorités nationales pour l'application du code. Au contraire, on recommande que l'État mette en œuvre, dans le cadre de sa législation nationale, les mesures législatives, réglementaires, administratives et autres qu'il juge appropriées ;
- il paraît dangereux de donner un caractère juridiquement contraignant à un texte qui a été négocié précisément en partant du postulat que ses dispositions seront non contraignantes ;
- mettre au point ce type de texte risque de prendre du temps.

VI. Conclusion

La diversité des formes de droit incitatif apparues à l'AIEA prouve qu'il existe des moyens efficaces de formation du droit international en dehors du processus classique de négociation d'un traité. Il a été démontré que le contenu de la norme, la légitimité du processus par lequel elle est adoptée, le contexte international et, en particulier, le suivi institutionnel déterminent la décision des États de respecter ou non des normes spécifiques. Pour autant, l'usage répété de normes non contraignantes et néanmoins respectées témoigne de la maturité nouvelle du régime international de l'énergie nucléaire.

En théorie, le droit incitatif peut être aussi efficace que le droit impératif. Si certains théoriciens ont fait valoir que la pratique des organisations internationales, et des États au sein de organisations internationales, n'est pas parfaitement équivalente au droit coutumier impératif directement fondé sur la pratique des États, l'adoption internationale d'un code de bonne conduite expressément dénué de tout caractère impératif n'est pas sans conséquences juridiques importantes[74]. Bien qu'elles ne soient pas des règles de droit, les normes non contraignantes constituent un moyen souple et efficace de trouver des réponses à des problèmes communs. Un code non juridiquement contraignant peut néanmoins énoncer des normes et définir le comportement attendu d'un État. Nous nous sommes efforcés dans cet article de démontrer que l'AIEA a utilisé ces codes comme un moyen efficace de normaliser. C'est ainsi qu'ils jouent un rôle irremplaçable aujourd'hui dans un système international moderne.

Le régime international des utilisations pacifiques et sûres de l'énergie nucléaire se fonde sur une panoplie de règles, accords et règlements juridiquement contraignants et de normes et codes indicatifs qui ne le sont pas. Cette panoplie évolue en permanence. Des progrès très importants ont été accomplis, et la mise en place de ce système est un processus continu. Progressivement, les codes et normes non contraignants deviennent obligatoires. Et de fait, nombreux sont les pays qui adoptent volontairement, peu à peu, une réglementation internationale facultative comme base de leur propre

74. Horn (ed.), « *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises* », Kluwer-Deventer, 1980, p. 413.

législation nationale. Néanmoins, pour favoriser et soutenir cette évolution, il est impératif que les Parties concernées participent activement à l'évolution de ce système[75].

Il va sans dire que les instruments internationaux adoptés sous les auspices de l'AIEA contribuent largement à l'adoption de normes et de règles concernant l'énergie nucléaire. L'AIEA met en place un système mondial opérationnel et efficace pour encadrer l'exploitation en toute sécurité de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques. Suivant les solutions choisies, le renforcement de ce système sera plus ou moins efficace. Le choix des diverses options est entre les mains des États qui, selon les cas, seront ou non disposés à s'engager sur un instrument contraignant. Le choix d'une solution non contraignante, comme un code, peut aussi contribuer à renforcer le cadre, à condition de bien choisir la forme juridique, la formulation et les mécanismes d'exécution des instruments. Pourtant, dans la pratique, les États ayant opté pour un instrument non contraignant se sont systématiquement efforcés d'accentuer ce caractère.

Si des États sont disposés à s'engager volontairement à respecter des normes internationales qu'ils assimilent formellement à des recommandations, il faut leur donner toutes les occasions de le faire et les aider à accepter davantage ces normes. S'agissant de la coopération internationale, l'accent ne doit pas être mis sur le caractère officiel de l'engagement mais plutôt sur l'exécution de l'engagement. Paradoxalement, si les engagements juridiques ne sont pas toujours respectés, il n'est pas rare que des engagements non contraignants soit eux scrupuleusement tenus. L'expérience montre que, lorsque les États lancent la coopération internationale dans des domaines qui appartenaient autrefois à leur domaine réservé, ils ont besoin d'une période d'essai pour se convaincre du bien-fondé d'un engagement juridique. Les engagements pris durant cette période sont le signe que la communauté internationale teste un nouveau domaine de coopération internationale.

L'enjeu pour l'AIEA consiste donc à déterminer comment faire pour que le cadre normatif soit plus efficace et applicable tandis qu'elle s'efforce de faire plus largement appliquer les normes régissant les utilisations sûres et pacifiques de l'énergie nucléaire en veillant toutefois à se montrer sélective pour la création de principes, de normes et de règles.

75. « *The Chornobyl [Chernobyl] Accident and the Future of Nuclear Energy: The Path Towards Safety and Sustainability* », *Harvard Ukrainian Research Institute of Harvard University*, Serguei Milenin, Sergei Skokov, Elizabeth Supeno.